

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO**

VIRGÍNIA MELO DO EGYPTO TEIXEIRA

**O LIMITE DO DIREITO PENAL NO MUNDO DIGITAL À LUZ DAS FAKE NEWS E DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**SANTA RITA
2018**

VIRGÍNIA MELO DO EGYPTO TEIXEIRA

**O LIMITE DO DIREITO PENAL NO MUNDO DIGITAL À LUZ DAS FAKE NEWS E DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, unidade Santa Rita,
como requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof. Dr.^a Danielle da Rocha Cruz.

**SANTA RITA
2018**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

T266l Teixeira, Virginia Mélo do Egypto.

O limite do Direito Penal no mundo digital à luz das
fake news e da liberdade de expressão / Virginia Mélo
do Egypto Teixeira. - João Pessoa, 2018.
53 f.

Orientação: Danielle da Rocha Cruz.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Bem jurídico. 2. Fake News. 3. Não criminalização.
I. Cruz, Danielle da Rocha. II. Título.

UFPB/BC

VIRGÍNIA MELO DO EGYPTO TEIXEIRA

**O LIMITE DO DIREITO PENAL NO MUNDO DIGITAL À LUZ DAS FAKE NEWS
E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
unidade Santa Rita, como requisito parcial da
obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof. Dr.^a Danielle da Rocha Cruz.

DATA DA APROVAÇÃO:

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr.^a Danielle da Rocha Cruz
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Júnior
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr.^a Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
(AVALIADORA)**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre me guiar na direção dos melhores caminhos, concedendo-me infinitas e contínuas bênçãos; a Nossa Senhora, por passar na minha frente em todas as situações, intercedendo a meu favor junto a Jesus; à minha mãe, pois se eu pudesse escolher outra forma de ser, eu seria ela; com seu exemplo eu desenvolvi o amor pelo Direito e o desejo de seguir seus passos; é a minha maior inspiração; a ela, minha gratidão e amor eternos; a meu pai, por seu amor, carinho e dedicação, exemplo de bondade que busco seguir; à minha irmã, por dividir comigo as ansiedades, medos e alegrias; a meus tios, por torcerem por mim; a meus amigos e a meu namorado, por todo o companheirismo e principalmente, por todas as orientações transmitidas. Por fim, agradeço a todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para a concretização desse momento, causa de tamanha alegria.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as questões relativas à legitimidade da criminalização da divulgação das notícias falsas. Para tanto, perpassa pela conceituação do que seriam bens jurídicos, sob a ótica de diversos doutrinadores, demonstrando a influência do contexto histórico sobre o Direito Penal, como condicionante do próprio conceito de crime e bem jurídico e descrevendo os princípios norteadores dessa delimitação. Define, posteriormente, dentro do espaço digital, o fenômeno atual conhecido como *Fake News*, como prática nociva de disseminação de informações inverídicas e capaz de influenciar negativamente a sociedade, cuja liberdade de informação é tão defendida. Em seguida, estabelece-se a dualidade entre a liberdade de expressão e de informação e o prejuízo coletivo advindo da propagação dessas notícias. Na sequência, embasando-se na apresentação de argumentos favoráveis e contrários a essa regulamentação, expõe-se o clamor social pela criminalização dessa conduta, indagando-se acerca da legitimidade e real necessidade dessa tipificação, uma vez que vigora, no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Ao final, depreende-se que o cerne da questão não é a presença mais intensa do Direito Penal, com criação de novos tipos, e sim a efetividade na tutela e proteção dos bens jurídicos já existentes. Na elaboração deste estudo, utilizou-se o método explicativo de abordagem aliado ao procedimento de estudo bibliográfico.

Palavras-chaves: Bem jurídico. *Fake News*. Não criminalização.

ABSTRACT

This paper focuses its study on the legitimacy of the criminalization of the dissemination of false news. In order to do so, it goes through the conceptualization of what would be legal goods, from the point of view of several jurists, demonstrating the influence of the historical context on Criminal Law, as a condition of the own concept of crime and legal good and describing the guiding principles of this delimitation. It then defines within the digital space the current phenomenon known as Fake News as a harmful practice of disseminating untruthful information and capable of influencing society whose freedom of information is so defended. Then, the duality between freedom of expression and information and the collective prejudice arising from the propagation of these news is established. Following this, the social outcry for its criminalization is exposed, inquiring about the legitimacy and real necessity of this criminalization, since the Principle of the Minimum Intervention of Criminal Law is in force in the legal order of the country, based on the presentation of favorable and contrary arguments to those rules. In the end, it is clear that the core of the issue is not the more intense presence of criminal law, with the creation of new types, but rather the effectiveness in protecting existing legal goods. In the elaboration of this study, the explanatory method of approach is used along with the bibliographic study procedure.

Keywords: Legal good. Fake News. Not criminalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O BEM JURÍDICO E OS PRESSUPOSTOS MATERIAIS MÍNIMOS DA TUTELA PENAL.....	9
2.1 BEM JURÍDICO E O SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO	10
2.1.1 Bem jurídico e a Constituição Federal	10
2.1.2 Bem jurídico e o Direito Penal	11
2.2 CRITÉRIOS QUE AUXILIAM A DELIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO.....	13
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.2.2 Relevância e danosidade social	15
2.2.3 Princípio da ofensividade	15
2.2.4 Princípio da intervenção mínima.....	16
2.2.5 Princípio da fragmentariedade.....	17
2.2.6 Princípio da proporcionalidade.....	17
2.3 BEM JURÍDICO E A INTERNET	19
3 FAKE NEWS	21
3.1 A INFLUÊNCIA DAS FAKE NEWS NO CENÁRIO ELEITORAL	23
3.2 DIFICULDADES E PROBLEMÁTICA SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DAS FAKE NEWS	26
3.2.1 Iniciativas jurídico-penais.....	30
3.2.2 Iniciativas extrajudiciais	32
4 DIALÉTICA ENTRE AS FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	33
4.1 BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS COM A PROPAGAÇÃO DE FAKE NEWS	33
4.2 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	38
4.3 DIVERGÊNCIAS ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO NO USO DE FAKE NEWS	41
4.3.1 Argumentos favoráveis à criminalização das notícias falsas no ambiente virtual ..	42
4.3.2 Posturas contrárias à necessidade de tipificação penal das <i>fake news</i>	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O conhecimento sempre ocupou espaço importante na vida dos seres humanos, uma vez que é a racionalidade que os distingue dos demais seres vivos. Contudo, em tempos remotos, a sua busca era muito mais difícil e requeria um esforço e um tempo bem maior, o que, por vezes, desestimulava quem os queria adquirir. Hodiernamente, com a evolução e o progresso social, tornou-se mais fácil e acessível a aquisição de conhecimento e de informação, estimulando a comunicação, fator basilar para o ser humano e, nesse mister, as distâncias são encurtadas, o tempo é maximizado e a informação circula pelo mundo todo através do meio digital.

O meio virtual ocupa, assim, um âmbito cada vez maior na vida da sociedade, sendo um veículo que possibilita o acesso rápido às informações e permite a livre expressão e a difusão de ideias, podendo-se defini-lo como um ambiente amplamente democrático. Todavia, essa liberdade proveniente da internet pode transmutar-se em ferramenta para violação de direitos fundamentais, e, é nesse cenário que as *fake news*¹ estão inseridas, sendo uma prática danosa à coletividade, uma vez que propicia a manipulação de seu pensamento e ideias, atingindo diversos bens jurídicos. No afã de coibir essa prática, a sociedade anseia por criminalizar a divulgação dessas notícias falsas.

O presente trabalho, ao tempo em que objetiva examinar os bens jurídicos atingidos por essa prática e sua relevância para a legitimação da intervenção Penal, explorará, também, o fenômeno das *fake news* e seus reflexos jurídicos com o intuito de analisar, especificamente, a problemática que circunscreve a criminalização da divulgação dessas notícias falsas e apresentar respostas para essa questão ainda controversa.

Para tanto, o desenvolvimento do trabalho conterà três capítulos. O primeiro deles abordará os critérios utilizados para identificar o bem jurídico penal e, conseqüentemente, os pressupostos materiais mínimos da tutela penal, relacionando-os com o contexto histórico para eleição desses objetos jurídicos considerados essenciais pela sociedade e deste modo, carecedores da proteção penal.

O segundo capítulo explicará o fenômeno das *fake news* e sua inserção nos diversos âmbitos da sociedade, sob o enfoque da análise da problemática da sua regulamentação no que concerne à ausência de tipificação legal específica, perpassando pelas iniciativas judiciais e extrajudiciais de combate a essa propagação de notícias falsas.

¹ Termo inglês cujo significado corresponde a notícias falsas, são informações comprovadamente inverídicas e intencionalmente divulgadas.

O terceiro capítulo examinará a possível criminalização da divulgação das notícias falsas, a partir da verificação do objeto protegido por esse novo tipo, perquirindo, ainda, se essa tutela normativa incide sobre bens jurídicos já amparados. Toda essa análise será feita tendo-se em mente o conflito entre direitos e garantias constitucionais, cruzando a linha tênue entre a liberdade de expressão e a necessidade do combate criminal das *fake news*, expondo os argumentos favoráveis e contrários a essa criminalização.

Nesse ínterim, o trabalho em questão será elaborado a partir do método de abordagem explicativo, uma vez que tem como intuito explicar um fenômeno existente e solucionar a problemática criada.

Ademais, será utilizada como metodologia precípua a pesquisa bibliográfica embasada em referenciais já publicados, como artigos acadêmicos, livros, teses e dissertações.

A marca fundamental a distinguir o presente trabalho, no que tange à sua relevância acadêmica, é o fato de abordar um fenômeno recente, *fake news*, que, apesar de frequente e importante, ainda não foi objeto de muitos estudos e pesquisas, principalmente sob a perspectiva defendida neste estudo.

2 O BEM JURÍDICO E OS PRESSUPOSTOS MATERIAIS MÍNIMOS DA TUTELA PENAL

Diversas foram as tentativas de elaboração de um conceito unânime, entre os doutrinadores, de bem jurídico. Contudo, tal anseio não foi alcançado, uma vez que essas concepções acerca do bem jurídico variam de acordo com os posicionamentos adotados, com a época na qual estiveram inseridos e com a natureza dinâmica do próprio Direito.

A situação histórica exerce influência no Direito Penal, condicionando o conceito de crime e o de bem jurídico. Ressalte-se que a mutabilidade da Ciência Jurídica está intrinsecamente relacionada com as mudanças sociais e o avanço científico, razão pela qual há uma modificação constante na valoração e tutela dos bens jurídicos, de modo a fundamentar a criminalização ou descriminalização de condutas.

Deste modo, as definições de bem jurídico foram se alterando no transcorrer do tempo, algumas dessas serão, a seguir, expostas com o intuito de evidenciar essa divergência.

Von Liszt, embasado numa perspectiva positivista, estabeleceu que “todos os bens jurídicos são interesses vitais, interesses do indivíduo ou da comunidade”.²

Sob influência do finalismo penal, Hans Welzel considerou esses bens valores culturais, bens vitais da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social são protegidos juridicamente. E corresponderiam a todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões.³

Já Claus Roxin, representante da corrente constitucionalista, aduziu que “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”⁴. Para ele, a eleição dos bens jurídicos deveria ser determinada somente pelos princípios constitucionais.

Por sua vez, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmaram que “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o

² LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Campinas: Russel, 2003. p.15.

³ WEZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 5.

⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. p. 18. E ainda:“(…) son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”

afetam”.⁵

Mesmo diante dessa discordância teórica, prevalece entre os estudiosos a tese segundo a qual o crime é, sob o enfoque material, uma lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos. Nesse sentido, preleciona Luiz Regis Prado que: “Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.”⁶

2.1 BEM JURÍDICO E O SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Os bens mais fundamentais, sublimam-se da norma posta e passam a irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento. Por isso mister se faz analisar essas relações entre bem jurídico e o sistema normativo, mais especificamente a Constituição da República e o Direito Penal.

2.1.1 Bem jurídico e a Constituição Federal

Ainda que inexista uma compreensão comum de bem jurídico, conforme já explicitado, a doutrina é uníssona em aceitar que esse objeto jurídico deve refletir os bens, valores, ou interesses fundamentais que representam os pressupostos cruciais para o desenvolvimento da vida em sociedade.

Esses valores devem estar em consonância com os princípios constitucionais, ainda que não estejam expressamente previstos na Carta Magna. Pois as disposições constitucionais são normas hierarquicamente superiores no sistema normativo e limitam o Direito Penal no que concerne às garantias individuais.

Assim, o legislador penal não está adstrito a tutelar apenas os bens previstos na Lei Maior, contanto que exerça sua atividade sem infringir os preceitos dela. Nessa esteira, são as palavras de Ferrajoli:

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 397.

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.20.

formação da tipologia criminal.⁷

É imperioso destacar que a Constituição Federal além de nortear a atividade legiferante penal ao eleger os valores que carecem de tutela, também impede que o legislador exorbite sua competência ao violar os direitos fundamentais da pessoa humana. Sua existência ao tempo em que limita a incidência do Direito Penal, também impõe sua atuação no que concerne a determinados bens.

Poder-se-ia considerar que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito material de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar do contido, plasmado na Lei Fundamental, do Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se marcam seus limites ao poder punitivo do Estado.⁸

Em igual espectro, Alice Bianchini se manifestou:

A Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional. Ampla margem de liberdade, pois, é concedida ao legislador na sua tarefa criminalizadora.⁹

Desta forma, tem-se que os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade.¹⁰

2.1.2 Bem jurídico e o Direito Penal

Consoante já abordado, o Estado Democrático de Direito respalda-se nos valores mais importantes eleitos pela sociedade e resguardados pela Lei Maior. Destarte, não são todos os bens que devem gozar da proteção Penal, somente aqueles indispensáveis à comunidade, assim

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.372.

⁸ ROXIN, Claus. **Novos Estudos de Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 56.

⁹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2002. p.50.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.78.

como não é qualquer ofensa que legitima a incidência desse Ramo, apenas as transgressões mais graves a esses pressupostos cruciais. Logo, o Direito Penal só deve intervir quando os demais ramos do direito não forem eficazes, reforçando a subsidiariedade e fragmentariedade de sua atuação. Nesse diapasão, o teórico Francisco de Assis Toledo atestou que:

Nem todo bem jurídico é acobertado pelo direito penal, que se destina a tutelar os bens que os outros ramos do direito não foram suficientes para garantir. Ademais, nem todas as formas de agressão a bens são protegidas, e o Direito penal seleciona as situações que pretende evitar, através da criação do tipo penal incriminador.¹¹

É pertinente salientar que assim como a liberdade e o patrimônio, bens restritos através da imposição da pena, constituem direitos fundamentais do cidadão cuja tutela está prevista na Constituição, também o bem jurídico deverá ser um objeto constitucionalmente relevante.

Esse objeto jurídico atrelado aos princípios da Lei suprema limita o *ius puniendi* estatal. Pois o legislador penal não pode salvaguardar as concepções éticas, ideológicas, culturais ou religiosas, sendo-lhe vedada a criminalização de tais condutas imorais não pertencentes aos postulados do Estado de Direito. Nos dizeres do autor Claus Roxin: “A imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados.”¹²

Também não se admitem incriminações sem bem jurídico, ou seja, a existência de leis penais que não defendem esses objetos. Sob essa vertente, Muñoz Conde atestou: “Em geral se pode dizer que as leis penais que não protegem bens jurídicos são nulas por arbitrárias ou por infringirem o princípio da intervenção mínima do direito penal.”¹³

A seleção dos bens jurídicos, que demandam anteparo do Estado, é orientada pela necessidade de guarda de determinadas relações da coletividade, as quais, se modificam constantemente. Por conseguinte, bens que em tempos passados eram vistos como fundamentais e por isso mereciam o amparo do Direito Penal, atualmente podem ser considerados dispensáveis e não gozar mais dessa guarda. Também o inverso ocorre, novas demandas, que justificam a intervenção do Estado, podem surgir em consequência da dinâmica social e da superação de alguns preceitos. Essa transformação provoca o surgimento de novos bens dignos de tutela.

Ademais, persiste a dificuldade em se identificar quais os bens necessitam da defesa do

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.p.35.

¹² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. p.53.

¹³ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. São Paulo: Temis, 2001. p.81.

Direito Penal. Como bem pontuou Sérgio Shecaira:

Não é por outra razão que, no momento em que vivemos, de grandes modificações sociais, de evolução e superações, estejamos a enfrentar um duplo problema: **quais bens jurídicos devem ser protegidos; quais bens jurídicos não mais precisam de proteção.** Em outras palavras, **estamos diante de uma via de duas mãos: a que criminaliza condutas e a que as descriminaliza.**¹⁴ (sem grifo no original.)

Ante a expansão e reformulação do Instituto Penal que tenta corresponder aos anseios da sociedade criando novos crimes e agravando determinadas penas, é fundamental estar atento à escolha dos bens jurídicos que necessitam da tutela penal, sabendo-se que nem todos o serão. Nesse intuito, o legislador há de ter cautela para não usurpar os direitos e garantias do cidadão.

2.2 CRITÉRIOS QUE AUXILIAM A DELIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO

Considerando-se que a realidade social influi diretamente na conceituação do objeto jurídico, sendo este determinado a partir de valores sedimentados pelo processo histórico, é necessário observar os critérios utilizados pelo legislador para delimitar o objeto e, assim, criminalizar condutas específicas. Dentre estes determinantes da atividade incriminadora, estão os princípios.

Convém salientar a importância dos princípios para o arcabouço jurídico. José Afonso da Silva definiu-os como as ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas.¹⁵ Em síntese, os princípios são diretrizes, valores fundamentais basilares da ordem jurídica, que norteiam a interpretação e a integração dos dispositivos legais.

Nesse tópico, serão analisados individualmente apenas aqueles que mantêm relação direta com a delimitação do bem jurídico e estão aptos a fundamentar e limitar o poder de punir do Estado; quais sejam: princípios da dignidade da pessoa humana, da ofensividade, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da fragmentariedade.

A seguir, serão expostas algumas limitações formais e materiais ao poder punitivo do Estado, fatores que delineiam o bem jurídico.

¹⁴ SHECAIRA, Salomão Sergio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Campus. 2011, p.34.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35a. Edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 85.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como referenciado, é a Constituição que delinea o perfil do Estado, assinalando os fundamentos objetivos e princípios basilares que vão governar sua atuação. Dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto no inciso III do artigo 1º dessa codificação.

Esse princípio fundamental objetiva proteger a vida do indivíduo na medida que assegura sua existência com dignidade e deve ser observado em todos os âmbitos do Estado Democrático de Direito, abrangendo todas as pessoas indistintamente. Ele deve incidir tanto nas potenciais vítimas quanto naquelas que tenham praticado crimes, conferindo-lhes tratamento isonômico.

Assim, a dignidade da pessoa humana veda a adoção de penas que, por sua natureza, atentem contra o infrator submetendo-o a um sofrimento desmoderado ou impossibilitando a sua reinserção na comunidade.

Em igual contexto, José Afonso da Silva aduziu que: “nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas.”¹⁶

Também Ferrajoli aludiu que:

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua das penas privativas de liberdade excessivamente extensas (...).¹⁷

O princípio da dignidade é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera da intervenção do Estado na vida do ser humano. No que concerne a esse limite, Luiz Regis Prado asseverou:

Tem-se, por assim dizer, a virtude de demarcar com parâmetros mais precisos a atividade do legislador penal, funcionando como limite –relativo –, à escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela, a espécie e a medida da sanção disposta para a sua proteção. O critério indicado para isso foi, primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana, reconhecido

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.318.

como fundamento da ordem política e da paz social.¹⁸

2.2.2 Relevância e danosidade social

Como visto, a gama de objetos tutelados pela Ciência Jurídica modifica-se ao longo da história estando vinculada aos valores considerados relevantes pela coletividade.

Nesse norte, o objeto jurídico penal pode não estar previsto expressamente na Constituição Federal, mas se ostentar uma relevância social considerável poderá justificar a interferência do Estado, através do *ius puniendi*, para assegurar a paz geral. Para um bem poder ser considerado bem jurídico penal, são primordiais duas características condicionantes: importância social e necessidade de proteção pelo Direito Penal.¹⁹

Como a intervenção penal é a atuação mais gravosa do Estado na vida do cidadão, vez que interfere no seu bem mais valioso (a liberdade), o objeto tutelado deve possuir igual relevância social para referendá-la. Então, essa proteção penal apenas será legítima quando socialmente necessária, nos casos de absoluta necessidade para garantir a segurança das pessoas.

Frise-se que o bem jurídico deve ser dotado de repercussão social e uma vez violado também ser capaz de produzir danosidade social.

2.2.3 Princípio da ofensividade

Esse princípio restringe a atividade legiferante, ao estabelecer que só há crime quando houver ameaça ou lesão aos bens abrangidos pelo Direito Penal. Deste modo, é um parâmetro para o legislador no que tange à especificação de quais condutas podem ser criminalizadas.

Consoante já exposto, somente as ações lesivas que ultrapassem a esfera individual e atinjam bem jurídico de terceiros podem ser tipificadas, excluindo-se assim aquelas meramente imorais ou antiéticas. Nesse viés, Ferrajoli dispôs que “o direito penal não possui a tarefa de impor ou reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros.”²⁰

Também Sarrule lecionou que:

¹⁸ PRADO, Luiz Regis, **Bem jurídico-penal e Constituição**, cit., p. 62.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.103

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.178.

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetam gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismo de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo (...).²¹

Outrossim, resta vedado ao legislador criminalizar o indivíduo por uma atitude interna, por condutas que não excedam o âmbito do próprio autor ou por comportamentos que não atinjam qualquer bem jurídico.

2.2.4 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima não está expressamente insculpido na Constituição e no Código Penal, mas pode ser inferido de outros axiomas constitucionais oriundos do Estado Democrático de Direito.

Regido por esse princípio o Direito Penal só deve interceder para proteger os bens imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, quando a atuação dos demais ramos não for suficiente. Assim, o Direito Penal revela-se como *ultima ratio*.

Essa subsidiariedade é inerente a esse instrumento normativo de regulação social, por ser o mais violento de todos ao privar o homem de sua liberdade. Nesse aspecto, José Sainz Cantero declarou que "o setor punitivo somente deve ocupar-se das agressões mais intoleráveis aos bens jurídicos mais transcendentais, porque é o setor que impõe as mais traumáticas sanções."²²

Além de ser um norte para o legislador na escolha dos bens mais vitais da coletividade, também é referência no tocante àqueles que podem dispensar o amparo penal, ou seja, que outrora gozavam de grande importância e hoje podem ser protegidos por outros ramos do sistema jurídico.

Nesse ângulo, a intervenção mínima revela-se como princípio limitador do poder punitivo do Estado. Muñoz Conde elucidou que:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais

²¹ SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998. p. 98.

²² JOSÉ E. Sáinz Cantero Caparrós. **La codelinquencia en los delitos imprudentes en el código penal de 1995**. Madrid: Marcial Pons, 2001, p.73 apud GRECO, Rogerio. **Curso de. Direito penal, parte geral**. Vol. 1, 16ª edição, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2014. p.51.

importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.²³

2.2.5 Princípio da fragmentariedade

Sedimentado nesse princípio, o Direito Penal limita-se a tutelar apenas uma parcela restrita de bens, aqueles considerados mais cruciais ao convívio coletivo. Evidencia-se também que somente as ações mais gravosas contra esses bens é que serão punidas e classificadas como ilícitas.

Muñoz Conde acertadamente explicou:

Nem todas as ações que atacam bem jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter mais "fragmentário", pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.²⁴

Em síntese, este princípio significa que certos bens jurídicos são protegidos penalmente e apenas contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.²⁵

Subsiste clara a função fragmentária do Direito Penal, intimamente concatenada com a intervenção mínima. Do contrário, estar-se-ia diante de um Direito Penal máximo dissonante dos postulados do Estado Democrático de Direito.

2.2.6 Princípio da proporcionalidade

Este princípio deriva das premissas implícitas do art. 5º da Carta Magna e pode ser observado no plano abstrato e concreto. Na dimensão abstrata, é dirigido ao legislador que deve realizar um juízo de razoabilidade entre o injusto penal, o grau de ofensividade do ato ilícito e a pena aplicada. Já na subsequente, é destinado ao intérprete (juiz) que deve individualizar a pena do agente de acordo com as circunstâncias particulares do caso, estabelecendo-a dentro do liame entre a mínima e máxima prevista no ordenamento normativo.

Alberto Silva Franco adequadamente explicou:

²³ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. São Paulo: Temis, 2001. p.60.

²⁴ Ibidem. p.72.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.16.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).²⁶

Diante disso, o princípio da proporcionalidade possui dois vieses. Um que proíbe a cominação e aplicação de penas em doses descomunais, ou seja, veda o excesso; e outro que impede o resguardo insuficiente do bem jurídico:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos.²⁷

Em suma, a interferência do Poder Público sobre a liberdade do homem só é legítima se for hodiernamente necessária, adequada e proporcional.

Esses são os critérios utilizados pelo legislador para delinear o objeto jurídico, cuja característica de intangibilidade vem cedendo espaço, relativizando-se o que antes era absoluto. Isso tudo como resposta aos anseios de uma sociedade que, em razão do medo e da insegurança social, exige do Direito Penal uma intervenção cada vez maior, por meio da regulamentação de determinadas tipologias e criminalização de alguns atos.

É, portanto, diante deste panorama que o Direito Penal tem sido obrigado a se mover. E, ao se mover, acaba por enfrentar, invariavelmente, paradigmas que influenciam sua própria estrutura e, sobretudo, sua forma de situar-se diante da relação cada vez mais complexa entre o indivíduo e a coletividade.

²⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

²⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.45.

2.3 BEM JURÍDICO E A INTERNET

A evolução tecnológica e o meio digital proporcionaram uma maior rapidez na comunicação e no acesso aos conteúdos e informações, e concomitantemente, facilitaram a prática de condutas socialmente reprováveis. Deste modo, o computador passa a ser utilizado como instrumento para execução de um delito. Sob essa perspectiva, Vladimir Aras elucidou que “do mesmo modo que aproxima as pessoas e auxilia a disseminação da informação, a Internet permite a prática de delitos à distância no anonimato, com um poder de lesividade muito mais expressivo que a criminalidade dita convencional.”²⁸

O advento dessa sociedade informatizada influenciou diretamente nas relações jurídicas ao contribuir para o surgimento de novos bens jurídicos e para a ampliação dos já existentes. Imperioso se faz distinguir a natureza dos objetos sobre os quais vão incidir a proteção penal, para tanto, será abordado a divergência doutrinária envolvida com essa determinação. Há estudiosos que entendem como difusos os bens jurídicos protegidos pelos delitos de informática, uma vez que corresponderiam à segurança informática. Nesse espectro, defendeu Spencer Toth que:

A segurança informática mostra-se merecedora de proteção penal, uma vez que, dependendo do grau, sua afetação leva prejuízo a toda coletividade, mostrando-se como bem jurídico-penal de natureza difusa, pois que as conexões tecnológicas e a virtualidade configuram verdadeiro meio ambiente.²⁹

Em sentido contrário, há autores que defendem que a natureza do bem jurídico a ser tutelado é a individual, já que os crimes informáticos atingiriam aqueles objetos já tutelados pelo ordenamento jurídico, como a intimidade, a imagem e a honra. Por fim, há quem sustente que parcela dos crimes praticados por meio do mundo digital afeta bens jurídicos já resguardados pelo Direito Penal, enquanto a outra parte dos delitos lesionariam novos bens ainda não amparados e afetariam toda a coletividade.

Independentemente de sua natureza, os objetos jurídicos violados no ambiente virtual também devem ser resguardados pelo Direito. Em igual acepção, Herman Benjamin elucidou que:

²⁸ ARAS, Vladimir. **Crimes de Informática. Uma Nova Criminalidade**. 2001. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica/>>. Acesso em: 27 de fev. de 2018.

²⁹ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. SP: Saraiva, 2013.

A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.³⁰

No que tange à informação no ambiente virtual, mais especificamente, é unânime o entendimento, segundo o qual a informação é considerada um dos bens jurídicos tutelados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro em face de sua utilidade e relevância social.

Assim, a liberdade de informação e expressão do pensamento, que abrange a possibilidade de comunicar e, também de apropriar-se dos conteúdos veiculados, eleva a notícia ao status de bem coletivo, cuja fruição pode ser múltipla.³¹ Esse objeto jurídico será examinado melhor nos capítulos subsequentes.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1117633/ RO, Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 09/03/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8569044/recurso-especial-resp-1117633-ro-2009-00266542/inteiro-teor-13668131>> . Acesso em: 02. abr. 2018.

³¹ COELHO, Denian Couto. **A Informação-notícia como bem jurídico**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR. 2014, p.24.

3 FAKE NEWS

Após analisar os pressupostos materiais mínimos da tutela do Direito Penal, é necessário explorar todos os aspectos das *fake news* para adentrar na problemática acerca da criminalização de sua divulgação.

Fake news é um termo inglês cujo significado corresponde a notícias falsas, são informações comprovadamente inverídicas e intencionalmente divulgadas. Usualmente, essa disseminação ocorre na internet e tem o intuito de influenciar as pessoas em várias dimensões, como a política, a social e a econômica. O fator crucial para a sua eficácia é a impressão de credibilidade de sua fonte.

Ainda que pareça uma expressão recente, a propagação dessas informações inventadas é tão antiga, que é tarefa das mais difíceis precisar sua origem, podendo-se dizer, inclusive, que é inerente ao próprio ser humano na sua convivência em sociedade. No entanto, a grande marca divisória entre a época atual e a antiga é a velocidade com que se dá a difusão desses boatos através dos meios digitais.

O advento da internet proporcionou uma rápida e eficaz conexão entre pessoas do mundo inteiro, contribuindo para o acesso amplo e irrestrito às informações em tempo real. Essa constatação é fato notório facilmente comprovado em pesquisas. No tocante à realidade do Brasil, restou demonstrado que 49% dos brasileiros usam das redes sociais como uma das duas fontes principais de informação e 87,7% da população do país é composta por usuários assíduos das redes sociais, segundo dados da Secretaria de Comunicação do governo e obtidos por pesquisa do Ibope no ano de 2016.³²

Nessa era da globalização, há uma variedade de formas de divulgação dos fatos, não estando adstritas, como no passado, a poucos veículos formais de comunicação. Assim, qualquer pessoa pode publicar sua opinião instantaneamente no mundo digital, todos podem ser distribuidores de notícias, e todo esse processo facilita a disseminação de inverdades.

Os cientistas do Instituto de Tecnologia de Massachusetts dos Estados Unidos (MIT) concluíram, através de um estudo, que as informações falsas ganham espaço na internet de forma mais veloz, mais profunda e com mais abrangência que as verdadeiras. Cada postagem verdadeira atinge, em média, mil pessoas, enquanto as postagens falsas mais populares atingem de mil a 100 mil pessoas. Em porcentagem, essas notícias falsas se espalham 70% mais

³² **Mapeamento da mídia digital no Brasil.** FGV Rio. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11945/Mapeamento%20da%20M%C3%ADdia%20Digital%20no%20Brasil.pdf?sequence=1%3E>> Acesso em: 15 fev. 2018.

rapidamente que as verdadeiras e alcançam muito mais gente.³³

As redes sociais estão intrinsecamente relacionadas à propagação dos boatos, uma vez que se pautam em um modelo de negócio no qual cada visualização corresponde a um valor pago a quem publicou. Assim, transformam-se em uma fonte de renda, em um negócio lucrativo para aquelas pessoas que criam e publicam essas mentiras com intento de lucro em detrimento da veracidade de suas publicações.

Ressalte-se que hoje já existem contas automatizadas na internet que realizam esse tipo de disseminação de notícias inverídicas e não necessitam ser operadas por homens. São os chamados *bots*, softwares criados para automatizar tarefas pré-determinadas, como seguir pessoas, postar e direcionar mensagens, inserir links ou hashtags e também debater. Deste modo, multiplicam as informações distribuídas na rede, passando-se por contas de usuários reais. Essa semelhança com a realidade contribui para aumentar o compartilhamento e confere credibilidade ao conteúdo enganoso.

O uso desses *bots* tem crescido, sobretudo, nos âmbitos eleitoral e econômico. Nesta seara, eles atuam espalhando *fake news* com a finalidade de manipular o mercado de ações, buscando valorizar ou não ações de empresas específicas e assim ludibriando o investidor, enquanto naquela o objetivo é interferir no processo democrático de escolha do candidato.

Esses robôs estão se tornando mais comuns, pois conferem aos autores uma sensação de intangibilidade, em virtude da dificuldade de se identificá-los.

De acordo com a Universidade de Oxford, mais da metade do tráfego da internet já é feito por *bots*.³⁴ E com a evolução da inteligência artificial, essa quantidade só tende a aumentar, visto que esses robôs terão a habilidade de imitar perfeitamente o comportamento humano, dificultando ainda mais o processo de checagem de fatos e conferindo uma maior naturalidade às *fake news*.

Atualmente, também existem os ciborgues de mídia digital (*social media cyborgs*) indivíduos que administram inúmeras contas em redes sociais e fazem ligações com terceiros, normalmente para propagar informações mentirosas.

Outra característica desses programas é que eles possuem a capacidade de identificar os

³³ **Fake news têm 70% mais chance de viralizar que as notícias verdadeiras, segundo novo estudo.** Estadão. Edição 08/02/2018. Disponível em : <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-as-noticias-verdadeiras-diz-novo-estudo,70002219357>> . Acesso em: 15 fev. 2018.

³⁴ **Fake news: estudo revela como nasce e se espalha uma notícia falsa na web.** G1 Fantástico. Edição de 25/02/2018. Disponível em : <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fake-news-estudo-revela-como-nasce-e-se-espalha-uma-noticia-falsa-na-web.html>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

grupos mais propícios a determinadas mensagens e publicações para os quais elas serão enviadas e possivelmente repassadas, sem a possibilidade, na maioria das vezes, de se descobrir quem os criou.

Além dessas contas automatizadas, também os usuários reais propiciam essa propagação de conteúdos falsos, sem ter ciência da inautenticidade das informações compartilhadas. Pois essas notícias quando lidas em um perfil conhecido passam a ser tidas como confiáveis, ainda que não o sejam, são republicadas, e esse ciclo repete-se ilimitadamente. Ademais, “diversas são as estratégias usadas para dar credibilidade a um boato difundido virtualmente de modo a persuadir o receptor a tomá-lo por verdade e a repassá-lo, como: usar expressões apelativas ou associar o fato a nome ou instituições respeitadas.”³⁵

Sob outro ângulo, a internet tornou-se um instrumento indispensável à sociedade, um espaço através do qual as pessoas buscam obter informações de modo prático e que possibilita também sua interação. Sua importância está atrelada a essa facilidade de ser um meio de rápida aquisição de conteúdos e conhecimentos. Não obstante, há também que se consignar o mau uso desse campo, através de publicações de notícias inverídicas, que coloca em risco a credibilidade e veracidade de todo o espaço digital e das informações que nele trafegam.

Segundo levantamento feito em 2017 pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Acesso à Informação (Gpopai-USP), 12 milhões de perfis online compartilham regularmente notícias falsas nas redes sociais no Brasil.³⁶ Esse dado é alarmante e enseja uma maior e imediata preocupação com essa divulgação de *fake news*, uma prática cujas consequências são muito perigosas e que deve ser amplamente combatida, porque pode se tornar um instrumento de manipulação de opiniões. Com a capacidade que tem de atingir um número indeterminado de pessoas, acaba-se negando a elas o acesso à informação correta.

3.1 A INFLUÊNCIA DAS FAKE NEWS NO CENÁRIO ELEITORAL

As informações falsas também estão relacionadas com o panorama político. Transformaram-se em armas de uma nova modalidade de guerra informativa nas redes sociais cujo objetivo é manipular a informação, por meio da própria informação ainda que pareça

³⁵ REULE, D. **A dinâmica dos rumores na rede: a web como espaço de propagação de boatos virtuais**. 2008. 131 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

³⁶ **Na web 12 milhões de pessoas difundem fake news políticas**. Estadão. Edição de 17/09/2017. Disponível em : <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-web-12-milhoes-difundem-fake-news-politicas,70002004235>> Acesso em: 15 fev. 2018.

contraditório. Assim, interferem nos debates públicos, promovem percepções distorcidas, corroem a confiança no governo e no jornalismo em si e atingem o instituto da democracia. Sua prática usual é resultante da dificuldade em se identificar os seus autores, que podem ser os partidos, grupos ideológicos ou quaisquer outros indivíduos.

A evidência desse tema no momento atual é decorrente de estudos que atribuíram às *fake news* um papel determinante para a vitória de Donald Trump nas eleições presidenciais norte-americanas de 2016. Pesquisas indicam a veiculação de 115 histórias falsas favoráveis à campanha de Donald Trump que foram compartilhadas mais de 30 milhões de vezes, comparadas a 41 notícias falsas pró Hillary, compartilhadas 7.6 milhões de vezes.³⁷

Também no Brasil, essas notícias falsas estão presentes na política desde as eleições de 2014, ainda que em menor escala, segundo estudo da Universidade de Oxford. A partir desse período, os softwares e contas automatizadas vêm atuando durante as manifestações do impeachment, as eleições municipais de 2016 e a votação da reforma trabalhista no Senado e têm continuado ao longo das investigações da Operação Lava-Jato. Essa veiculação de notícias inverídicas encontra no Brasil, um país marcado por uma polarização política e carente de tolerância, um ambiente propício para o seu desenvolvimento.

Verifica-se que a propagação de *fake news* tem-se consolidado como um fenômeno mundial que ajudou a moldar importantes decisões políticas, diante da facilidade com a qual os robôs espalham conteúdos falsos, manipulam debates, e influenciam a opinião pública postando e replicando mensagens em larga escala.

Em vários momentos os *bots* foram utilizados nas redes sociais do Brasil e a perspectiva é que continuem sendo, principalmente, pelos candidatos, e, não somente para conquistar seguidores, como também para desferir ataques aos adversários. Instituído-se como meio para possível obtenção de vantagem política, por isso a sua relevância para fins eleitorais. De acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, as contas automatizadas motivam até 20% de debates em apoio a políticos no Twitter.³⁸

Para 36% dos brasileiros, as mídias sociais terão muita influência no processo eleitoral,

³⁷ ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. **Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh: American Economic Association, v. 31, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

³⁸ **Robôs, redes sociais e política: estudo da FGV/DAPP aponta interferências ilegítimas no debate público na web.** FGV/DAPP. Edição 02/09/2017. Disponível em : <<http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web/>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

já 56% afirmam que elas terão apenas “algum” potencial.³⁹ Resta nítido, o poder da internet na formação e no convencimento dos eleitores que são responsáveis por escolher os representantes da nação, por isso são tão cruciais as medidas para coibir a difusão das *fake news* já que elas atacam diretamente o Estado Democrático de Direito e seus postulados.

É imprescindível a adoção de providências efetivas no que tange a essa disseminação de notícias falsas, pois, como visto, essa foi uma prática recorrente nos demais países democráticos em períodos eleitorais (Estados Unidos, França etc). Então, supõe-se que no Brasil essas tentativas de manipulação também voltarão a acontecer durante as próximas eleições.

Para evitá-la, alguns órgãos e instituições do governo já estão criando mecanismos de estudo e defesa, a exemplo da criação de um grupo da Polícia Federal em parceria com o Tribunal Superior Eleitoral e a Procuradoria Geral da República. O próprio TSE criou o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, composto por membros da sociedade civil, dos setores de inteligência do Exército e da Agência Brasileira de Inteligência, com a função de pesquisar, analisar e formular ações referentes a essas questões emergentes e ainda com o intuito de “desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da Internet nas eleições, em especial o risco de *fake news* e o uso de robôs na disseminação de informações.”⁴⁰ Ademais, o Tribunal Superior Eleitoral estuda a possibilidade de criar um canal de comunicação entre a Justiça e os provedores de internet para facilitar a retirada dos conteúdos mentirosos, e pretende criar uma cartilha para padronizar a jurisprudência do país sobre esse assunto.

Por fim, resta clara a influência desses mecanismos de propagação de rumores no âmbito político, que têm capacidade de influir no resultado de um pleito eleitoral e atingir o cerne do Estado Democrático de Direito, como evidenciado pelo alto grau de confiabilidade dos cidadãos, sobretudo brasileiros, nas redes sociais como fonte para a escolha de candidatos. Assim as medidas citadas tendem a contribuir para a diminuição do impacto da publicação de *fake news*, podendo, inclusive, fornecer subsídios para o Poder Legislativo analisar a necessidade ou não de criação de tipos legais que combatam essa prática.

³⁹ **Na web 12 milhões de pessoas difundem fake news políticas.** Estadão. Edição de 17/09/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-web-12-milhoes-difundem-fake-news-politicas,70002004235>> Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴⁰ **TSE vai combater fake news com apoio da imprensa.** TSE. Edição 08/02/2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-com-apoio-da-imprensa>> . Acesso em: 20 fev. 2018.

3.2 DIFICULDADES E PROBLEMÁTICA SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DAS FAKE NEWS

Como visto, os boatos e inverdades sempre existiram, mas a forma e a rapidez com que se propagam dificultam o seu controle, principalmente porque hoje já existe um mercado cujo lucro é decorrente da repercussão dessas inverdades, o qual se consolida em detrimento de uma legislação que não evolui, que não tem recursos para coibir ou limitar essa prática.

Por enquanto, ainda não há tipos penais específicos que regulamentem a disseminação das notícias falsas. Há quem defenda que elas devam ser tipificadas nos crimes contra a honra do Código Penal: calúnia, injúria e difamação. Não obstante, há particularidades, que não permitem esse enquadramento, e devem ser demonstradas. Para tanto é necessário transcrever o disposto nesses artigos que abordam os crimes contra a honra.

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

(...)

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

(...)

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...).

Pode-se inferir desses preceitos que as vítimas dessas inverdades devem ser pessoas específicas, uma vez que esses tipos tutelam apenas a honra individual daquele que se sentir diretamente atingido. É este o único que pode iniciar a persecução penal, pois são de ação penal de iniciativa privada conforme determina o artigo 145 do Código Penal, sendo apenas de iniciativa pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça em situações específicas (quando o delito for praticado contra o Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro) ou à representação do ofendido também em ocasião especial (quando o crime for cometido contra funcionário público, em razão de suas funções). Além disso, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, pois suas penas máximas não extrapolam dois anos e, portanto, não permitem a adoção de medidas mais incisivas, como quebra de sigilo e interceptação telefônica para a identificação dos autores do delito.

Observa-se, entretanto, que a maioria dos casos de *fake news* não afeta uma única pessoa e sim toda coletividade que tem o seu direito violado, quando lhe chega a informação deturpada. Por isso, os crimes supramencionados, tipificados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, não seriam a opção mais adequada para coibir e criminalizar essa prática, segundo visão de parcela da doutrina.

Em síntese, o possível enquadramento da disseminação de *fake news* nos crimes contra a honra, ainda traz consigo muitas divergências em razão de ser um tema muito recente sem entendimentos pacificados ou jurisprudências sedimentadas.

Sob outro ângulo, em 2014, foi editada a Lei 12.965/14 – Marco Civil da Internet – com objetivo de garantir princípios como a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, para proporcionar o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condição dos assuntos. Referida legislação acresceu a seara cível, normas concernentes a disseminação de informações falsas, ainda que não específicas. Por meio das quais se estabelece a possibilidade de uma responsabilização civil e uma remoção do conteúdo decorrente de danos gerados por terceiros. Pode-se inferir que no caso das notícias falsas elas deverão ser retiradas da rede pelos provedores de internet, que serão os únicos responsabilizados pelo conteúdo infringente caso não adotem medidas para tornar o material ilícito indisponível, nos demais casos, a responsabilização pelo conteúdo será somente do indivíduo que o disponibilizou.

Nesse espectro, o artigo 19 da Lei 12.965/14 estabelece:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar,

total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (sem grifo no original)

Deste modo, a sanção está restrita à área cível e será estabelecida de acordo com a relevância e gravidade daquilo que foi divulgado, sem haver qualquer responsabilização penal.

Outrossim, é importante destacar a Lei nº. 5250 de 1976, uma das primeiras iniciativas brasileiras no embate à propagação e criação das *fake news*, conhecida como Lei da Imprensa, embora não tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988. A referenciada Lei criminalizava a conduta de:

publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: I – perturbação da ordem pública ou alarma social; II – desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; III – prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; IV – sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região. (...).

No polo eleitoral, também não há dispositivos específicos que versem sobre as *fake news*, embora existam alguns que com elas guardem similitude. Inicialmente, pode-se realçar a Resolução do TSE nº. 23.551 de 2017 que abordou alguns aspectos referentes à propaganda eleitoral na internet em seu capítulo IV, mais especificamente, dispôs que “a livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na Internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos”. Também previu em seu artigo 23 que:

§4º O provedor de aplicação de internet que possibilite o impulsionamento pago de conteúdos deverá contar com canal de comunicação com seus usuários e **somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes do conteúdo impulsionado se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para**, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, **tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente pela Justiça Eleitoral.**

§ 5º A violação do disposto neste artigo sujeita o usuário responsável pelo conteúdo e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida se esse cálculo superar o limite máximo da multa despendida. (sem grifo no original)

Logo, percebe-se que a sanção limita-se a uma multa nos casos em que os provedores de rede não adotarem as providências cabíveis para a retirada do conteúdo do ar.

Em semelhante viés, o artigo 33 dessa mesma Resolução preceitua que:

Art. 33. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático.

§ 1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

§ 2º A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet e somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei 12.965/2014.

§ 3º A ordem judicial que determinar a remoção de conteúdo divulgado na internet fixará prazo razoável para o cumprimento, não inferior a 24 (vinte e quatro) horas, e deverá conter, sob pena de nulidade, a URL do conteúdo específico.

§ 4º Em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, o prazo de que trata o parágrafo anterior poderá ser reduzido.

§ 5º O provedor responsável pela aplicação de internet em que hospedado o material deverá promover a sua remoção dentro do prazo razoável assinalado, sob pena de arcar com as sanções aplicáveis à espécie.

§ 6º Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

§ 7º As sanções aplicadas em razão da demora ou descumprimento da ordem judicial reverterão aos cofres da União. (sem grifo no original)

Ante o exposto, resta demonstrado que as ordens judiciais supracitadas só produzirão eficácia durante o período de propaganda eleitoral, intervalo restrito disposto na legislação eleitoral que compreende do dia dezesseis de agosto até o dia da eleição. Assim a propagação das demais informações fraudulentas e distorcidas sobre os candidatos fora do período prescrito não serão removidas por ações que tramitem perante a Justiça Eleitoral, devendo ser ajuizadas perante a Justiça Comum para fins de responsabilização civil.

Ainda nessa esteira de dispositivos com relação às notícias falsas, têm-se o artigo 323 do Código Eleitoral que assim dispõe:

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena – detenção de dois meses a um ano ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

Interessante consignar que esse tipo legal objetiva não apenas proteger a honra da vítima como também coibir o desvirtuamento da propaganda eleitoral, para que o espaço destinado aos candidatos para a veiculação de suas propostas não seja utilizado indevidamente para ultrajar pessoas. A tipificação nesse dispositivo requer que sejam observados quatro fatores: as notícias devem ser escritas e pagas, divulgadas durante o período eleitoral, não poderão corresponder a matérias jornalísticas ou reportagens de televisão e deverão ter capacidade de exercer influência perante o eleitorado, causando grande impacto na campanha. No caso das *fake news*, nem sempre são veiculadas em matérias pagas, ou durante horário eleitoral, não possuem necessariamente a certeza de influenciar alguém, e podem ser divulgadas em matérias de televisão e jornal.

Em face do apresentado, pode-se concluir que a divulgação das notícias falsas pode gerar responsabilidade nas esferas criminal, civil e eleitoral, de acordo com os impactos gerados, embora não haja ainda sua tipificação legal em nenhuma dessas searas.

3.2.1 Iniciativas jurídico-penais

Apesar da inexistência de uma legislação penal especial, há projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal com a finalidade de tipificar a disseminação de *fake news* como ilícito penal.

Um dos projetos, de autoria do senador Ciro Nogueira (PP-PI) ⁴¹, que ainda está na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado esperando uma análise, prevê a punição de quem divulgar “*fake news*” relacionadas à saúde, à segurança, à economia, ao processo eleitoral ou ao interesse público, sua pena será a de detenção de seis meses a dois anos, além do pagamento de multa. E no caso de haver uma agravante, passa a ser de reclusão de um a três anos e multa se a divulgação da notícia falsa tiver sido realizada através da internet. A proposta também prevê o aumento da pena, de um a dois terços, nos casos em que o indivíduo divulgar “*fake news*” para obter vantagem própria ou para terceiros. Esse projeto pretende incluir o artigo 287-A no Código Penal com a seguinte redação:

Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar

⁴¹ Projeto de Lei do Senado n.º 473, de 2017.

ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem. ⁴²

Há também o do deputado Jorge Côrte Real (PTB-PE) que estabelece pena de detenção de um a dois anos para quem divulgar ou compartilhar, por qualquer meio de comunicação social, informação falsa ou prejudicialmente incompleta.⁴³ Ele justificou essa propositura argumentando acerca das consequências nocivas do compartilhamento de *fake news*, que podem alterar o resultado de eleições e ultrajar o instituto da democracia.

Já a proposta do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR) é a de considerar crime: a divulgação ou compartilhamento, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, de informação falsa ou prejudicialmente incompleta em desfavor de pessoas ou empresas. Com pena de detenção de dois a oito meses, além do pagamento de multa. ⁴⁴ Ele alegou que os prejuízos decorrentes desses atos são irreparáveis tanto para as pessoas físicas quanto para as jurídicas, uma vez que não têm o direito de se defenderem a respeito dos fatos, falsos ou incompletos, divulgados. Este projeto está em tramitação na CCTCI – Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados.

Interessante mencionar que a preocupação em combater as *fake news* não está adstrita ao Brasil, tendo sido notadas diversas iniciativas em vários outros países, o que comprova a importância desse assunto para a comunidade mundial. Algumas medidas podem ser citadas, como as da Alemanha que criou uma lei, em 2017, que determina que os provedores de redes sociais devem remover ou bloquear conteúdo manifestamente ilegal ou falso dentro do prazo de vinte e quatro horas, contados da reclamação ou determinação judicial. Também as Filipinas editaram uma lei específica ao combate da criação e distribuição das notícias falsas, chamada de “*Anti-Fake News Act of 2017*”⁴⁵. Essas leis podem servir de parâmetro para o Brasil no que

⁴² Id. Ibid

⁴³ Projeto de Lei da Câmara dos deputados n°. 8592 de 2017.

⁴⁴ Projeto de Lei da Câmara dos deputados n°. 6812 de 2017

⁴⁵Anti- fake news act of 2017. Disponível em: < https://www.senate.gov/ph/lis/bill_res.aspx?congress=17&q=SBN-1492>. Acesso em: 19 mar. 2018.

concerne ao combate das notícias falsas.

3.2.2 Iniciativas extrajudiciais

Em face da consolidação do fenômeno das *fake news*, algumas plataformas e redes sociais já vêm desenvolvendo mecanismos que identifiquem os conteúdos inverídicos para diminuir sua circulação. Esse esforço empreendido é consequência da pressão imposta pela sociedade, mais especificamente pelos consumidores. Podem ser citados os exemplos do Facebook e do Google.

O Facebook tem adotado algumas medidas para identificar notícias mentirosas, como a sinalização de artigos falsos com o “contestados por verificadores de fatos de terceiros”, essa sinalização também se dá por meio de uma etiqueta vermelha acompanhada da mensagem “*disputed*” para apontar que a informação foi contestada por uma agência de checagem de notícias; as demais providências correspondem a uma menor exposição de notícias potencialmente falsas nos feeds dos usuários e o auxílio aos usuários para evitar o compartilhamento acidental de *fake news*. O objetivo crucial dessas diligências é garantir que as notícias veiculadas em sua rede sejam informativas e de alta qualidade.

Já o Google tem utilizado mecanismos que atingem diretamente a rentabilidade dos negócios dos sites que criam esses materiais. Quando identificadas, essas páginas são impedidas de anunciar na plataforma.

É notório que atualmente o combate as *fake news* tornou-se escopo de diversos âmbitos da sociedade, que incluem o judicial e o extrajudicial.

4 DIALÉTICA ENTRE AS FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A expansão do Direito Penal é um fenômeno através do qual se verifica a criação de novos tipos, o incremento de sanções e a crescente intervenção estatal na esfera privada. Destaca-se que essa ampliação pode ser, por vezes, desnecessária. Por isso, para legitimar uma criminalização é imprescindível a identificação do bem que ela pretende proteger e a comprovação da necessidade que fundamente essa tutela, já que não são todos os bens que devem ser resguardados pela esfera penal.

Ultrapassadas as conceituações necessárias acerca do bem jurídico, dos fatores de delimitação da tutela penal, das *fake news* e dos seus aspectos jurídicos, será examinada a possível criminalização da divulgação das notícias falsas sob a perspectiva do conflito entre direitos fundamentais e dos objetos jurídicos envolvidos.

4.1 BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS COM A PROPAGANÇA DE FAKE NEWS

Os bens jurídicos refletem os valores essenciais consagrados como tais pela sociedade, são alicerces do Direito Penal e possuem uma dupla função de limitar e legitimar a intervenção estatal. Para fundamentar a possível criminalização de uma conduta, mais especificamente a de propagar *fake news*, é primordial apontar quais os objetos jurídicos lesionados por essa prática.

Convém salientar que a criação e publicação das notícias falsas pode atingir diretamente uma única pessoa, no tocante à sua honra, contudo, na maioria das vezes, quando versa sobre política, economia, segurança e saúde, afeta toda a coletividade não havendo como individualizar as vítimas.

Inicialmente, com fulcro nessa ofensa particular, tem-se a honra como direito maculado. Sua proteção está prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A honra é um objeto jurídico resguardado também nos âmbitos civil e penal.

Pontes de Miranda definiu a honra como a “dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, mais a estima e consideração moral dos outros”.⁴⁶ De modo semelhante, Adriano de Cupis asseverou que a honra significa “tanto o valor moral íntimo do homem, como

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**, tomo 1, Campinas: Booksellerp, 2000. p. 102.

a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal.”⁴⁷

A doutrina majoritária analisa a honra sob dois ângulos que se complementam: o objetivo e o subjetivo. O primeiro corresponde ao conceito formado pelo meio externo acerca do indivíduo, ou seja, é o juízo formado pela sociedade da personalidade de cada um, é a reputação. Já o segundo equivale aos conceitos, aos juízos valorativos que cada um faz acerca de seus próprios atributos.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

Honra. Bem jurídico que apresenta dois aspectos: a) um subjetivo, o qual designa o sentimento da própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito; b) um objetivo, representado pela estimação que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputação moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamação.⁴⁸

A honra está enquadrada nos direitos da personalidade, é um direito inato, fundamental, e oponível ao Estado e aos particulares. Ela é inerente a todas as pessoas, sejam as físicas ou jurídicas e, uma vez violada, enseja a responsabilização na seara penal que dispõe no capítulo V, Título I, Parte Especial do Código Penal sobre os crimes de calúnia, difamação e injúria.

Há casos em que informações errôneas ou distorcidas são divulgadas com o intento de destruir a reputação de um indivíduo específico, nessa conjuntura quando se puder individualizar a vítima dessas publicações e o dano em si ocasionado, poder-se-ia cogitar a configuração desses tipos penais supracitados. Não obstante existem divergências quanto a esse possível enquadramento, advindas de estudiosos que entendem que a divulgação de *fake news* deveria configurar um tipo penal mais específico (justificando a criação de um novo crime).

Há também ocasiões em que essas notícias falsas visam ludibriar toda a coletividade, afetando o direito difuso da população de receber informações verdadeiras. Nessas circunstâncias, o bem jurídico violado é o direito à informação, que está amparado pela Constituição Federal que dispôs em seu artigo 5º, XIV, ser “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo das fontes, quando necessário ao exercício profissional”.

Esse direito deve ser analisado sob dois viéses: a liberdade de informar e o direito de ser informado. Este compreende o direito difuso da população de receber a informação correta,

⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 121.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

enquanto aquele abrange o direito de difundir a informação em todos os meios comunicativos. A despeito disso, José Afonso da Silva, a partir das lições de Albino Greco corretamente elucidou:

Como esclarece Albino Greco, por ‘informação’ se entende ‘o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado’. O mesmo é dizer que **a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas. Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.**⁴⁹ (sem grifo no original)

Já para Canotilho, esse direito de informação integra três níveis: (1) direito de informar: liberdade de transmitir informações a outrem, de as difundir sem impedimentos; pode também consubstanciar-se no direito ao acesso a meios para informar; (2) direito de se informar: consiste na liberdade de recolher a informação; (3) direito a ser informado: é a versão positiva do direito de se informar, consistindo no direito a ser mantido informado.⁵⁰

Evidencia-se que a disseminação de *fake news* atinge diretamente o direito de ser informado, de ter acesso à informação integral, clara e verídica, essa veracidade das notícias é essencial para garantir a formação de uma cidadania participativa, uma vez que a opinião pública é influenciada pelos meios de comunicação, sobretudo a internet:

O progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Mas não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos a dar à sua vida, à vida de sua família, ao seu país, à sua função, à sua sociedade, ao seu partido político, à sua religião etc.⁵¹

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. Ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245-246.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina. 2003, p.1354.

⁵¹ CARVALHO, L.G. Grandinetti. **Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.210.

Alexandre de Moraes frisou que a efetividade desse direito somente se concretizaria com a veracidade das informações ao explicitar que:

O direito a receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.⁵²

Além de violar o direito à informação, outros bens jurídicos também podem vir a ser atingidos, e eles variam de acordo com o teor das notícias transmitidas. É oportuno explicitar, a seguir, essa relação entre o objeto e o tema veiculado.

No contexto eleitoral, essas situações podem ser vislumbradas com maior frequência, e suas consequências são mais gravosas, visto que atingem a democracia, um instituto que “presupõe a existência de um espaço público, robusto e dinâmico, em que temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza, veracidade e liberdade”⁵³. Nesse espectro, o bem jurídico atingido é o princípio democrático, consagrado na Constituição Federal de 1988, e segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Alexandre de Moraes conceituou que: “O princípio democrático – consagrado no artigo 1º de nossa atual Constituição Republicana – exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular. Essa participação se dará, em regra, pela via representativa, ou seja, pelo Congresso Nacional.”⁵⁴

Diferente cenário seria aquele no qual o teor das notícias falsas estivesse relacionado com a saúde pública, sob esse viés o bem jurídico violado seria o direito à saúde, previsto pela Constituição brasileira em seu artigo 6º e elevado à categoria de direito social fundamental.

Diante disso, surge a dificuldade em se identificar em quais os tipos penais as pessoas que espalham notícias falsas estariam insertas.

⁵²MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 162.

⁵³ MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self Government**. In: Political Freedom. Westport: Greenwood Press, 1980, p.10

⁵⁴ MORAES, Alexandre. **Poder Legislativo**. In **Tratado de Direito Constitucional** Vol. 1 (Coordenação: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento). Editora Saraiva, 2.ª Edição, 2012. Arquivo EPUB. Paginação Irregular, p. 3362,6/3910.

Afora o direito à informação, não há como se afirmar com precisão qual o bem jurídico tutelado por esse possível novo crime de divulgação de *fake news*. Independentemente de qual seja o objeto jurídico lesionado, é certo que essa prática é nociva a toda coletividade.

Sob outra perspectiva, com a possível criminalização dessa conduta, há também bens jurídicos que serão restringidos e limitados, como o direito à liberdade de expressão. Esse direito está positivado na Constituição Federal no rol dos direitos e garantias individuais do artigo 5 que em seu inciso IV dispõe ser “livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anônimo”, em complemento tem-se o artigo 220 que preceitua que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.” Assim, deve ser analisado em sentido amplo conectado a outras liberdades de comunicação. Na visão de José Afonso da Silva:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, está sujeita a regime jurídico especial.⁵⁵

A liberdade de expressão é essencial para garantir a dignidade da pessoa humana e, concomitantemente, para a democracia, uma vez que viabiliza o estabelecimento de crenças e ideologias, e a manifestação de opiniões e convicções das pessoas, permitindo sua participação nos debates eleitorais e sua intervenção no cenário político no qual estão inseridos. A principal razão para a proteção dessa liberdade não estaria tão somente relacionada ao direito de quem se expressa, mas sim ao interesse de toda a sociedade em ouvir as ideias de cada um, ainda que elas sejam erradas.⁵⁶ Não há como se contemplar um Estado Democrático de Direito sem a garantia da liberdade de expressão que é efetivada por meio da multiplicidade de canais de comunicação que possibilitam a expressividade dos diversos setores da sociedade. A relevância dessa liberdade também está ratificada pelo Parecer Consultivo OC5/85 que estabeleceu que:

A liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influir sobre a

⁵⁵ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.247.

⁵⁶ MILL, John Stuart. **On Liberty**. In: **American State Papers, Federalist, J.S. Mill: Great Books of the Western World**. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1978, p. 267.

coletividade, possa se desenvolver plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.⁵⁷

É um direito vital para a busca da verdade, e deve ser garantido ainda que para a difusão de pontos de vista que transpareçam ser absolutamente errôneos ou até abjetos para a maioria das pessoas.⁵⁸ A liberdade de expressão pode-se concluir é o alicerce no qual se ergue a democracia e se funda a dignidade humana.

4.2 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A privacidade, a intimidade, a honra, a liberdade de expressão e de comunicação são alguns dos bens jurídicos envolvidos com a possível criminalização da disseminação de *fake news*. Determinar quais desses objetos merecem ser resguardados pela tutela penal é uma missão complexa porque há que se determinar qual deles deve se sobrepujar aos demais, uma vez que há um choque entre princípios e garantias fundamentais.

Os objetos jurídicos mencionados configuram-se como direitos fundamentais, que são aqueles essenciais e inerentes ao ser humano, necessários para assegurar uma existência digna, livre e igual a todos, e estão previstos pela Constituição Federal. Eles podem ser entendidos como valores morais compartilhados por uma comunidade em dado momento e lugar, que migram do plano ético para o jurídico quando se materializam em princípios abrangidos pela Constituição.⁵⁹

A doutrina majoritária, representada por Robert Alexy, reconheceu a natureza principiológica desses direitos que, por essa condição, podem colidir uns com os outros eventualmente, sendo necessária uma solução ponderada. Desta forma, apesar de sua importância, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, na medida em que podem ser relativizados e limitados pelo legislador originário ou por eles mesmos, em casos de conflitos. Nas palavras de Celso de Mello:

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer consultivo OC-5/85, de 29 de agosto de 1986. Disponível em : <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3799aa.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁵⁸ MILL, John Stuart. **On Liberty**. In: **American State Papers, Federalist, J.S. Mill: Great Books of the Western World**. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1978, p. 280.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 352.

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.⁶⁰

Além de não serem absolutos, não há grau de hierarquia entre esses direitos quando comparados com outros que também estão mencionados na Carta Magna:

É certo que todos os direitos fundamentais, ao menos em nossa ordem constitucional pátria, decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana; contudo, o escalonamento hierárquico dos direitos fundamentais é incompatível com a sua natureza e com sua função no Estado Democrático de Direito. [...] Destarte, admitir a possibilidade de um ou mais direitos fundamentais ser superior aos demais é impor uma espécie de tirania de valor, esvaziando o conteúdo dos direitos fundamentais.⁶¹

Em igual vertente, Alexandre de Moraes prelecionou que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, porque encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”⁶². Essa mitigação somente deve ser motivada pela colisão entre esses direitos, apenas sendo legítima se estiver sedimentada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Segundo esses princípios, os direitos não podem ser limitados além do estritamente necessário e o Estado deve proteger, de forma eficiente, os bens jurídicos mais fundamentais à comunidade. Sob o olhar de Luis Roberto Barroso:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação.(...) Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.

⁶³

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 173/807-808, Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 02. abr. 2018.

⁶¹ MARINHO, Karoline Lins Câmara. **A colisão entre direitos fundamentais e sua solução no caso “Siegfried Ellwanger” julgado pelo STF**. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 201-236.

⁶² MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.61.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 354.

Cumpra destacar que caberá ao legislador proceder com a ponderação dessas garantias para decidir acerca da regulamentação ou não de um novo tipo penal. Quando os limites dos direitos constitucionais não constarem diretamente da Constituição, serão demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz, por isso a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao interprete judicial⁶⁴. Na visão de Gilmar Mendes:

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. **A ordem constitucional confere ao legislador certas margens de ação, para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada.** O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.⁶⁵ (Sem grifo no original)

No caso do (possível) crime de disseminação das *fake news*, é necessário explicitar o conflito gerado entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, principalmente, e observá-lo sob essas duas vertentes.

É certo que o meio digital propicia a livre expressão e a difusão de ideias com alcance imediato e global, sem a imposição de limites aos conteúdos propagados que podem ser benéficos, ao transmitir informações verídicas e, também maléficis, ao violar direitos fundamentais, mais especificamente o direito à imagem. Deste modo, ao passo que a internet pode ser utilizada como instrumento para assegurar o acesso universal à informação e à opinião, também pode macular a honra e a imagem de outrem, sob o pretexto de liberdade de expressão.

Embora a exposição pública de opiniões seja amplamente garantida, há limites a essa liberdade, uma vez que não pode ser usada indiscriminadamente de forma a mitigar a inviolabilidade da honra e da dignidade das pessoas. Deve-se, entretanto, agir com cautela ao estabelecer esses limites para que não seja configurada censura e assim seja violado o direito de

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 345

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3112-1/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 02/05/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>>. Acesso em: 02. abr. 2018.

expressão. Restou confirmado que não existem direitos absolutos, e, ao se chocarem, deve haver uma harmonização e ponderação entre eles:

Para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a **liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antisemitismo, apologia ao crime etc...).**⁶⁶ (sem grifo no original)

Nesse diapasão, Gilmar Mendes afirmou *in verbis*:

Ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, deixando entrever a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito.⁶⁷

Garantir a máxima liberdade de expressão e também a proteção à honra, sem extrapolar ou prejudicar o exercício do outro direito, é a dificuldade que cerca a criminalização dessa disseminação de notícias falsas. É impossível estabelecer limites precisos entre ambas, sendo necessário assegurar a coexistência harmônica dessas liberdades para que nenhuma delas possa lesar as demais garantias dos indivíduos. Dever-se-ia direcionar a atuação do legislador penal de maneira que o combate a essa prática nociva de propalação de *fake news* não se torne uma ferramenta de censura, com ingerência exacerbada na privacidade das pessoas.

4.3 DIVERGÊNCIAS ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO NO USO DE FAKE NEWS

Por ser um fenômeno recente, a problemática da divulgação de *fake news* ainda divide opiniões no que concerne a sua criminalização. Essa divergência será a seguir abordada para que embasado em tais concepções se possa definir qual a melhor forma de combater essa prática nociva.

⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 19.

Independentemente de qual posição seja defendida, é unânime entre os estudiosos a constatação da prejudicialidade dessa conduta que afeta toda a sociedade e que, às vezes, corrói o instituto da democracia; bem como o reconhecimento da necessidade de medidas para promover o combate à propagação de notícias falsas. A distinção é tão somente no que tange à maneira com que será feita.

4.3.1 Argumentos favoráveis à criminalização das notícias falsas no ambiente virtual

Restou corroborada a potencialidade dos malefícios oriundos da disseminação de notícias irreais. Essa prática objetiva desinformar ou obter vantagens econômicas e políticas, e afeta uma quantidade indeterminada de indivíduos, uma vez que a internet possui a característica de perpetuar o que é difundido em sua rede. Diante dessa conjuntura e em face do caráter de garantia fundamental conferido pela Constituição ao acesso à informação, há quem defenda a possibilidade da intervenção do Direito na esfera da tutela dos interesses difusos contra quem se dedica a propagar, sob uma aparência informativa, notícias que não encontram correspondência na realidade. Destaque-se que, com isso, não se visa punir aqueles que publicam opiniões críticas, de cunho humorístico e satírico, ou claramente fictícias, mas sim quem pretenda ludibriar a sociedade com informações aparentemente verídicas. Nesse trilhar, Luis Gustavo Grandinetti explanou:

A informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. Assinala-se a função social da liberdade de informação de ‘colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia (...), para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante.⁶⁸

Cumprе distinguir a criminalização das *fake news* da censura. Ao passo em que existe a necessidade de tutelar a criação e a divulgação maliciosa da notícia falsa, não se pode proibir a população de publicar conteúdo de informação sob o possível argumento de que somente jornalistas deteriam competência para tanto. Também não se admite o tolhimento da liberdade de expressão, com fulcro na divergência de opinião, em relação a alguém que tem apenas concepções diferentes das do emissor de determinada opinião. Essa regulamentação tem como intento apenas limitar a liberdade de expressão no que tange às manifestações inverídicas que

⁶⁸ CARVALHO, L.G. Grandinetti. **Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.88.

lesionem a honra, a informação, a democracia ou outros bens jurídicos, não objetivando, assim, censurar as convicções contrárias.

Os defensores dessa regulamentação penal sustentam que o compartilhamento de notícias falsas já é uma realidade atual que tende a aumentar exponencialmente, o que justifica a necessidade do estabelecimento de freios e limites. Para reduzir os seus impactos na sociedade, seria inescusável a criação de um novo tipo penal que imporia uma maior cautela e responsabilidade na difusão e publicação desse tipo de conteúdo e, desta forma, reduziria a quantidade de *fake news* veiculadas no meio digital, principalmente.

A atuação do legislador penal seria indispensável, porque hodiernamente não haveria nenhuma tipificação apta a proteger a qualidade e a veracidade da informação transmitida na mídia. Nesse caso o bem jurídico tutelado seriam aqueles relacionados à honra, política, democracia, economia, segurança e saúde. Diferentemente dos já existentes, crimes de calúnia, difamação e injúria do Código Penal que tutelam apenas a honra de quem se sentir lesionado em detrimento de condutas que envolvam seu nome em particular.

4.3.2 Posturas contrárias à necessidade de tipificação penal das *fake news*

Ainda que sejam grandes e diversos os prejuízos acarretados pela divulgação de *fake news*, faz-se mister analisar também os males que seriam oriundos da criação de uma legislação específica, para ao final sopesar de qual atitude adviriam menos desvantagens.

Os críticos dessa regulamentação enumeram vários fatores que circunscrevem essa questão, tornando-a perigosa, a princípio pode-se indicar o risco posto às liberdades individuais garantidas na Constituição Federal, visto que essas iniciativas podem revestir-se de autoritarismo, cercear a liberdade de expressão e se transformarem em censura, condicionando a discussão política e violando direitos fundamentais. Daniel Sarmento corretamente enfatizou:

É necessária redobrada cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a auto-realização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico. A liberdade de opinião não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aqueles que chocam e agridem.⁶⁹

⁶⁹SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lum en Juris, 2006, p. 209.

Ao atribuir ao Estado o poder de limitar essa liberdade de expressão, acentua-se a vulnerabilidade pela qual as pessoas passam a estar expostas, tendo sua autonomia frontalmente atingida. Trata-se de uma das mais graves violações diretas à autonomia individual que se pode conceber, “uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões da nossa própria humanidade.”⁷⁰

Outro aspecto relevante é a delimitação das *fake news*, a distinção entre aquela que seria enquadrada como notícia exagerada e uma mentirosa. “É difícil até mesmo definir o que é *fake news*. A linha é muito tênue. Uma matéria que foi elaborada com boa fé, mas que contém distorções ou erros pode ser enquadrada? E se o problema é só com a forma, um título mais chamativo que contenha imprecisões?”⁷¹ É o questionamento do pesquisador Pablo Ortellado. Além do problema em se determinar o que seria uma notícia falsa, há outro que corresponde a quem poderia proceder com essa designação, quem possuiria o condão de estabelecer o que é falso e o que é verdadeiro, quem seria o árbitro da autenticidade, atribuir ao judiciário essa missão é exorbitar os seus limites, pois sua função deve se restringir a decidir aquilo que é legal ou ilegal.

Punir um cidadão, sabendo-se que há muitas pessoas sem alfabetização midiática, é algo preocupante, assim como condenar aqueles que desconhecem a falsidade das notícias que compartilham. Esse é um juízo a ser considerado ante a tipificação dessas condutas.

Ampliar a criminalização seria uma solução inadequada e desproporcional para combater essas práticas, dado que já há um tipo penal no qual uma parte dos indivíduos que propagam as *fake news* podem ser enquadrados que correspondem aos crimes contra a honra, dispostos entre os artigos 138 e 145 do Código Penal, além da responsabilização na seara cível.

Reconhecer a nocividade da difusão de mentiras não implica atribuir ao Estado, especificamente ao Direito Penal, a tarefa de combatê-las. Esse ramo jurídico deve ser a *ultima ratio*, já que atinge e restringe um dos bens jurídicos mais importantes do cidadão, a liberdade através da possibilidade do encarceramento. Apesar da tendência da sociedade em clamar a criminalização de muitas condutas, não são todas que o devem ser, a divulgação de *fake news* seria uma destas. Sob esse fundamento, Greco afirmou que “no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são

⁷⁰ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 66-67.

⁷¹ STRUCK, Jean-Philip. **O desafio das 'Fakes news' nas eleições de 2018**. Disponível em: <<http://p.dw.com/p/2r7w9>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*.”⁷²

Ademais, os especialistas argumentam que as notícias falsas devem ser rebatidas com mais informação, e que principalmente nas sociedades democráticas, o confronto de ideias e a existência de debates abertos e plurais é que podem combatê-las. “A forma ideal de se combater *fake news* é com mais informações. Não é possível criar mais mecanismos para supressão de conteúdo. Devemos criar formas de enriquecer o acesso à informação e deixar que cada pessoa decida por si.”⁷³

Estas razões são suficientes a demonstrarem que a não criminalização da divulgação das *fake news* é a trilha a ser seguida pelos legisladores brasileiros, sendo coerente com o próprio sentido do Direito Penal que é o de penalizar apenas quando essa for a única medida possível para se coibir o dano irremediável proveniente de determinada conduta social. O presente trabalho entende, assim, ser este o caminho mais certo a ser percorrido pela sociedade brasileira.

⁷² GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16

⁷³ PÁDUA, Luciano. **Fake news tiveram impacto limitado nas eleições americanas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/fake-news-tiveram-impacto-limitado-nas-eleicoes-americanas2018>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal razão de existir do Direito é a de regular as relações em sociedade e estabelecer a paz social, para que se possa conviver harmonicamente sem que precise imperar a lei do mais forte. Assim, ele reflete os anseios por que passa a coletividade e, assim sendo, o contexto histórico é imprescindível na determinação dos bens que merecem receber a denominação de jurídicos e, na seara Penal, especificando o próprio conceito de crime. A partir daí, observa-se que a Ciência Jurídica vai se transformando em igual proporção em que acontecem as mudanças sociais e o progresso científico, sendo essencialmente dinâmica. Por isso mesmo, não são estáticos os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito e está em contínua mutação a própria criminalização e descriminalização de condutas.

Contudo, essa mutabilidade do Direito Penal há que estar adstrita ao seu dever de proteger os interesses jurídicos insertos na Constituição Federal, previstos como basilares à vida em sociedade e representativos de valores tidos como bens jurídicos. E, além de se pautar na previsão constitucional, não pode jamais olvidar, na detecção desses bens jurídicos, da aplicação de princípios, como ofensividade, intervenção mínima, proporcionalidade, subsidiariedade, fragmentariedade e dos critérios norteadores da atividade penalizadora como a relevância social e a necessidade.

Isso porque não se deve aplicar a norma penal aleatoria e indiscriminadamente, transformando-o de *ultima ratio* para *prima ratio*, porque a sociedade anseia pelo excesso de criminalização de condutas, como se assim procedendo se fosse ter uma maior e mais ampla proteção estatal. Ademais, há que se considerar também que se a pena é uma restrição de direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, somente aqueles bens dotados de igual importância deverão ser protegidos mediante a cominação de pena. Os legisladores terão que agir racional e parcimoniosamente para que não suprimam direitos e garantias fundamentais do cidadão e não passem de um estado de intervenção mínima para um sistema penal máximo.

Com esse cuidado em mente a nortear as atividades legiferantes, outro aspecto considerado foi a importância e grande utilização da internet na atualidade, sendo um espaço onde as distâncias não existem, as informações são repassadas com uma agilidade e praticidade inimagináveis. É uma forma acessível e fácil de aquisição de conteúdos e conhecimentos. Entretanto, nem sempre é utilizada da forma adequada e com a transmissão de notícias reais, sendo este o cerne do problema: essa utilização desmedida e irresponsável, com a divulgação de informações inverídicas, pondo em risco o próprio espaço digital e o conteúdo nele perpassado.

É nesse meio digital que a disseminação de *fake news* tornou-se um fenômeno consolidado cujo objetivo é manipular as informações para influenciar a opinião pública ou obter vantagens políticas e econômicas. Essa conduta pode afetar uma única pessoa, no que se refere à sua honra, todavia, na maioria das vezes, quando versa sobre política, economia, segurança e saúde, afeta toda a coletividade não havendo como individualizar as vítimas e os bens jurídicos lesionados.

Diante da multiplicidade de objetos jurídicos atingidos, surge a dificuldade em se determinar a existência ou não de tipos penais específicos para as pessoas que espalham notícias falsas e, em caso positivo, quais seriam.

No entanto, nessa fixação, dois problemas surgem: o primeiro provém do clamor social por sua criminalização e o segundo é constituído pela ausência de precisão na determinação da necessidade da fixação desses tipos, aliada à impossibilidade de se delegar ao Poder Judiciário a incumbência de delimitar o que poderia ser enquadrado como notícia falsa.

Assim, este trabalho baseou-se nessas três pilastras: por um lado procurou demonstrar que o Direito Penal é essencial na especificação dos bens jurídicos a serem tutelados, mas com moderação e cautela; de outro demonstrou como prejudica a sociedade a desinformação causada pelas *fake news*, abordada como um problema social em contraposição à liberdade de expressão e de informação e, por fim, o perigo e prejuízo de um excesso de normatização, conceituando essa exuberância regulatória como maléfica à sociedade, que urge por melhoria na proteção dos direitos já tutelados e meios para se garantir a efetividade dessa tutela.

A não criminalização da divulgação das *fake news* é a opinião mais consentânea com a realidade em que a sociedade brasileira está inserida. O prejuízo com sua tipificação seria muito mais nocivo ao cidadão que, por ignorância ou ingenuidade as divulga do que a ausência de uma regulamentação poderia causar aos infratores que o fazem com conhecimento do dano que causam. Não se pode esquecer que para o Direito Penal é melhor correr o risco de inocentar um culpado do que condenar um inocente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. **Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh: American Economic Association, v. 31, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

ANTI- fake news act of 2017. Disponível em: <https://www.senate.gov/ph/lis/bill_res.aspx?congress=117&q=SBN-1492>. Acesso em: 19 mar. 2018.

ARAS, Vladimir. **Crimes de Informática. Uma Nova Criminalidade**. 2001. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica/>>. Acesso em: 27 de fev. de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, 2011.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.964/14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3112-1/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 02/05/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf>>. Acesso em: 02. abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 173/807-808, Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 02. abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1117633/ RO, Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 09/03/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8569044/recurso-especial-resp-1117633-ro-2009-0026654-2/inteiro-teor-13668131>> . Acesso em: 02. abr. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina. 2003.

CARVALHO, L.G. Grandinetti. Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Denian Couto. **A Informação-notícia como bem jurídico**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR. 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. São Paulo: Temis, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer consultivo OC-5/85, de 29 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

FAKE news: estudo revela como nasce e se espalha uma notícia falsa na web. G1 Fantástico. Edição de 25/02/2018. Disponível em : <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fake-news-estudo-revela-como-nasce-e-se-espalha-uma-noticia-falsa-na-web.html>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

FAKE news têm 70% mais chance de viralizar que as notícias verdadeiras, segundo novo estudo. Estadão. Edição 08/02/2018. Disponível em : <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-as-noticias-verdadeiras-diz-novo-estudo,70002219357>> . Acesso em: 15 fev. 2018.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **Bem jurídico penal**. 2010. 122 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell, 2003. v. 1.

MAPEAMENTO da mídia digital no Brasil. FGV Rio. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11945/Mapeamento%20da%20M%C3%ADdia%20Digital%20no%20Brasil.pdf?sequence=1%3E>> Acesso em: 15 fev. 2018.

MARINHO, Karoline Lins Câmara. **A colisão entre direitos fundamentais e sua solução no caso “Siegfried Ellwanger” julgado pelo STF**. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v. 7, n. 3.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self Government**. In: Political Freedom. Westport: Greenwood Press, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

MILL, John. S. On Liberty. State College: Pennsylvania State University, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre. **Poder Legislativo**. In **Tratado de Direito Constitucional Vol. 1** (Coordenação: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento). Editora Saraiva, 2.ª Edição, 2012. Arquivo EPUB.

NA web 12 milhões de pessoas difundem fake news políticas. Estadão. Edição de 17/09/2017. Disponível em : <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-web-12-milhoes-difundem-fake-news-politicas,70002004235>> Acesso em: 15 fev. 2018.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-08122014-163134. Acesso em: 08 fev. 2018.

PÁDUA, Luciano. **Fake news tiveram impacto limitado nas eleições americanas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/fake-news-tiveram-impacto-limitado-nas-eleicoes-americanas2018>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**, tomo 1, Campinas: Booksellerp, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REULE, D. **A dinâmica dos rumores na rede: a web como espaço de propagação de boatos virtuais**. 2008. 131 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

ROBÔS, redes sociais e política: estudo da FGV/DAPP aponta interferências ilegítimas no debate público na web. FGV/DAPP. Edição 02/09/2017. Disponível em : <<http://dapp.fgv.br/ro-bos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web/>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Novos Estudos de Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Coleção Direito Penal & Criminologia.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

SHECAIRA, Salomão Sergio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Campus. 2011.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. Ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRUCK, Jean-Philip. **O desafio das 'Fakes news' nas eleições de 2018**. Disponível em:< <http://p.dw.com/p/2r7w9> >. Acesso em: 25 abr. 2018.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. SP: Saraiva, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TSE vai combater fake news com apoio da imprensa. TSE. Edição 08/02/2018. Disponível em :<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-com-apoio-da-imprensa>> . Acesso em: 20 fev. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2006. v. 1.